

## VU Research Portal

### Marktwerving in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking de praktijk

Steyger, E.

#### ***published in***

Tijdschrift voor Gezondheidsrecht  
2006

#### ***DOI (link to publisher)***

[10.1007/bf03056205](https://doi.org/10.1007/bf03056205)

#### ***document version***

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

#### ***citation for published version (APA)***

Steyger, E. (2006). Marktwerving in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking de praktijk. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1, 2-15. <https://doi.org/10.1007/bf03056205>

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

#### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Marktwerving in oprichting: de bevoegdheden van Zorgautoriteit en NMa en de werking in de praktijk

Mw. prof. mr. E. Steyger<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

Januari 2006 is het zover: na dertig jaar gesteggel en een paar experimenten wordt marktwerving in de zorg geïntroduceerd. De Mededingingswet (Mw) wordt zonder veel restricties van toepassing op de gehele zorgmarkt wanneer de Zorgverzekeringswet in werking treedt.

In de afgelopen jaren zijn verschillende artikelen en adviezen verschenen over de wenselijkheid van marktwerving in de zorg, de Europeesrechtelijke risico's van de voorstellen, en de inhoud van de voorstellen zelf.<sup>2</sup> Daarnaast heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zich geroerd op het terrein van de zorg, dat het al enige jaren als prioriteit beschouwt.<sup>3</sup>

In dit artikel zal ik aandacht besteden aan de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende toezichthouders op de marktwerving. Het gaat hierbij met name om de bevoegdheden van regulator van de markt enerzijds, de Zorgautoriteit, die wordt ingesteld bij de Wet marktordening in de gezondheidszorg (WMG),<sup>4</sup> en de handhaver van de mededingingsregels anderzijds. Om te bezien hoe een en ander vorm zal gaan krijgen, kijk ik zowel naar de huidige praktijk van de NMa in de zorg als de bevoegdheden voor de Zorgautoriteit op basis van de nog niet in werking getreden WMG.<sup>5</sup> De staande praktijk betreft met name besluiten genomen in het laatste jaar, omdat in deze periode experimenteel marktwerving voor verschillende zorgaanbieders is geïntroduceerd.

## 2 DE INTRODUCTIE VAN MARKTWERVING IN DE ZORG

### 2.1 De Zorgverzekeringswet

De introductie van marktwerving in de zorg, waarvoor al zo'n dertig jaar geijverd wordt, heeft geen Europeesrechtelijke achtergrond. Waar andere markten (telecommunicatie, energie, post) geliberaliseerd worden op initiatief van de communautaire wetgever, is de keuze om zorgverzekeringen al dan niet in een sociaalzekerheidsstelsel onder te brengen, een keuze van de lidstaten zelf. De Europese Gemeenschap stelt wel randvoorwaarden aan die keuze en dwingt daarmee de lidstaat om óf een

1. Elies Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat bij Bird & Bird, Den Haag.

2. Een bloemlezing: E. Steyger, 'Europese zaken in de zorg: een stelsel met tochtgaten?', in: J.H. Hubben en L.A.M. van Zenderen (red.), *Het stelsel voorbij? Sturingsproblemen in de gezondheidszorg, en jurisprudentie-overzicht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 61-76; A.P. den Exter, 'De Europese kwetsbaarheid van de Zorgverzekeringswet', *NJB* 2005, p. 87-93; J.W. van de Gronden, *Zorg tussen lidstaat en interne markt. Zorgverzekeringen, EG-recht en particulier initiatief*, Europese

monografieën nr. 74, Deventer: Kluwer 2004; van vroegere datum: E. Steyger, 'Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid. Deel 1 en 2', *SMA* 1994, p. 8-19 en *SMA*, 1994 p. 71-78; H.E.G.M. Hermans, *Zorg en markt in historisch en huidig perspectief*, Deventer: Kluwer 1991.

3. Persbericht NMa van 23 januari 2004.

4. Ingediend bij Koninklijke Boodschap van 26 juli 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 1 en 2.

5. Zie ook de brief van de Minister van VWS betreffende de oprichting van de Zorgautoriteit van 10 september 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 324, nr. 3.

sociaalzekerheidsstelsel te hanteren, óf te voldoen aan de voorwaarden van de interne markt en het mededingingsrecht.<sup>6</sup> Er is echter geen dwang tot liberalisering, wanneer de lidstaat een sociaalzekerheidsstelsel in stand wil houden.

Het verlangen concurrentie in de zorg te introduceren heeft al tot veel, meer of minder, concrete plannen en voorstellen geleid. De plannen van staatssecretaris Simons in het begin van de jaren negentig in de vorige eeuw, die op nogal wat weerstand stuitten,<sup>7</sup> gingen uit van een stelsel van sociale zekerheid waarbinnen niet op winst gerichte uitvoeringsinstellingen binnen een zekere bandbreedte met elkaar zouden concurreren om de gunst van de verzekerden. De daarop voortbouwende nota 'Vraag aan bod'<sup>8</sup> van het tweede Paarse kabinet is de voorloper van het nu te introduceren stelsel. Het voornaamste verschil is het publiekrechtelijke karakter van de toen voorgestelde verzekering en de uitvoerders die geen particuliere verzekeraars zouden mogen zijn maar aparte entiteiten moesten worden.<sup>9</sup>

De Zorgverzekeringswet geeft de marktwerking een nog iets scherpere impuls doordat de uitvoering van het stelsel wordt gelegd bij gewone commerciële verzekeraars die aan aandeelhouders uit te keren winst mogen maken. De verplichte verzekering is privaatrechtelijk met een gedeeltelijk inkomensafhankelijke en gedeeltelijk nominale premie. De nominale premie is variabel; op dat punt kunnen verzekeraars om de burger concurreren. Er is een acceptatieplicht, een standaardpakket en een vereveningssysteem tussen de verzekeraars. Voor een uitgebreidere beschrijving van het systeem verwijs ik naar andere literatuur.<sup>10</sup>

De marktwerking in de Zorgverzekeringswet krijgt vorm doordat verzekeraars zo goedkoop mogelijk kwalitatief goede zorg voor hun verzekerden moeten gaan inkopen op de aanbiedersmarkt. Deze aanbieders zijn ondernemingen,<sup>11</sup> hetgeen betekent dat zij niet collectief met de verzekeraars mogen onderhandelen over de voorwaarden waaronder zij een contract sluiten. De verzekeraars zijn eveneens ondernemingen; zelfs als het Hof van Justitie van de EG mocht menen dat zij dat niet zouden zijn, dan verklaart artikel 122 Zorgverzekeringswet ze alsnog tot onderneming in de zin van de Nederlandse Mededingingswet.

## 2.2 Het Wetsvoorstel marktordering in de gezondheidszorg

In een stelsel waarin marktwerking zo'n grote rol speelt is een stevig toezicht vereist. Hierin wordt voorzien door de bestaande NMa en door de op basis van de WMG nieuw op te richten Zorgautoriteit die voortkomt uit de bestaande toezichthouders:

6. E. Steyger, 'De communautaire inhoud van het begrip sociale zekerheid', TvGR 2002, p. 80-97.

7. Zie o.m. I.G.H. Cath, 'Plan-Simons in strijd met EG-recht', *Het Financiële Dagblad*, 6 november 1991; F.M. du Pré, 'Zorgen voor de zorgverzekerders', *Sociaal Recht* 1992, p. 269-275; F.M. du Pré, 'Klein duimpje en de Nederlandse ziektenkostenverzekering', *Sociaal Recht* 1993, p. 138-141; H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschappen*, preadvies voor de vereniging voor gezondheidsrecht; later H.E.G.M. Hermans, *Europese Unie en gezondheidszorg*, Deventer: Kluwer 1994.

8. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 2.

9. E. Steyger 2002, p. 80-97 (zie noot 6).

10. M.A.J.M. Buijsen en A.P. den Exter, 'Keuze voor solidariteit. Kanttekeningen bij het voorstel Zorgverzekeringswet', TvGR 2005, p. 111-117; E.W.M. Meulemans en J.G. Sijmons, 'Het overeenkomstenstelsel onder de nieuwe Zorgverzekeringswet', TvGR 2005, p. 61-79; G.R.J. de Groot, 'De zorgverzekeraar: spin in het web?', TvGR 2005, p. 40-60.

11. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180 t/m C-184/98 (Pavlov), *Jur.* 2000, p. I-6451, punten 76 en 77.

het College tarieven gezondheidszorg (CTG) en het College voor zorgverzekeringen (CVZ). Dit zijn niet de enige toezichthouders, maar omwille van de ruimte beperk ik mij tot de twee toezichthouders op de marktwerking als zodanig.<sup>12</sup>

Het sectorspecifieke toezicht wordt toebedeeld aan de Zorgautoriteit. Deze houdt toezicht op de rechtmatige uitvoering van de Zorgverzekeringswet door de verzekeraars en op de uitvoering van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). De Zorgautoriteit krijgt hiervoor bevoegdheden tot het opvragen van relevante informatie voor de kosten, prijzen en contractvoorwaarden bij de marktpartijen, het opleggen van verplichtingen aan marktpartijen met aanmerkelijke marktmacht, het reguleren van prijzen, productomschrijvingen, contractvoorwaarden en transparantie. Daarnaast verkrijgt het de bevoegdheid tot handhaving door middel van een aanwijzing, last onder bestuursdwang en last onder dwangsom, en het opleggen van een bestuurlijke boete.

Wie thuis is in de wetgeving inzake gereguleerde markten zal in de WMG veel herkennen wat ook al op andere terreinen is geïntroduceerd. De bevoegdheid verplichtingen op te kunnen leggen aan partijen met aanmerkelijke marktmacht is ontleend aan de Telecommunicatiewet; de bevoegdheid tot reguleren van de markt daar waar dat nodig is, is met name terug te vinden in de Elektriciteitswet 1998. De bevoegdheden tot reguleren van de markt in deze laatste wetten vloeien voort uit Europese regels; de bevoegdheden op basis van de WMG doen dat niet. Daarom is het niet zonder meer zeker dat de uitoefening van deze bevoegdheden door de Zorgautoriteit niet in strijd zal komen met de EG-verdragsbepalingen. Hierop kom ik hieronder terug.

Het gewone mededingingstoezicht is gelegd bij de NMa. De NMa heeft hiervoor relatief weinig concrete bevoegdheden. Het toezicht van de NMa in de zorgsector is met name het toezicht op de artikelen 6 Mw/81 EG, en 24 Mw/82 EG. Daarnaast is het concentratietoezicht van belang voor de fusies van verzekeraars onderling en zorgaanbieders.

De bepalingen betreffende kartelvorming en misbruik van machtspositie worden door middel van niet-gespecificeerde bevoegdheden gehandhaafd. De NMa kan, net als de Europese Commissie, toezicht houden op ondernemersafspraken en op het gedrag van ondernemers met een machtspositie. Op deze terreinen heeft de NMa geen regulerende taak. Voor concentratiecontrole heeft de NMa deze wel, omdat zij door middel van het verbinden van voorschriften aan de vergunning de concentratie mede vorm kan geven.

Gezamenlijk zullen de beide autoriteiten de marktwerking zodanig moeten laten functioneren dat er een samenspel van verzekeraars, aanbieders en verzekerden komt dat leidt tot een grotere effectiviteit van en efficiency in de zorg. Of dit het geval zal zijn is nog niet te voorspellen. Wel kan aan de hand van de praktijk die op dit moment door de NMa wordt gehanteerd gezien worden op welke wijze de marktwerking in die sectoren waar deze al bestaat of zojuist is ingevoerd, vorm zal krijgen.

12. Voor een overzicht: R. Crommentuyn, 'Grote broer kijkt toe', *Medisch Contact*, nr. 31/32, p. 21/86-23/86.

De NMa heeft reeds een aantal afspraken van zorgverleners en zorgverzekeraars onder de loep genomen. De afspraken die te zeer betrekking hebben op de zorg in het 'oude' systeem, waarin wettelijke concurrentiebeperkingen<sup>13</sup> de boventoon voerden, laat ik hier buiten beschouwing.<sup>14</sup> Ik bespreek een aantal besluiten en een opinie van de directeur-generaal (d-g) NMa uit het laatste jaar, omdat met name in 2005 concurrentie in de zorg serieus werd geïntroduceerd. Het gaat hier om de rol van zorgaanbieders<sup>15</sup> en ziektekostenverzekeraars<sup>16</sup> die onder het mededingingsrecht vallen.

Het betreft de besluiten betreffende de waarneemregelingen van apothekers in Assen en Breda, adviezen van de Nederlandse Vereniging voor Psychotherapie (NVP) over tarieven, de afwijzing van klachten van fysiotherapeuten tegen de zorgverzekeraars en het informele oordeel over het preferentiebeleid ten aanzien van de vergoedingen van medicijnen. Bij het bespreken hiervan zie ik zowel de omvang van als het gebruik van de bevoegdheden door de NMa bij het afdwingen van een grotere concurrentie op markten en de wijze waarop de NMa omgaat met klachten van zorgaanbieders.

### 3.1 *De omvang van de bevoegdheden van de NMa*<sup>17</sup>

Dat in de zorg de omvang van de bevoegdheid van de NMa nog een punt van discussie kan zijn kwam met name naar voren in een besluit betreffende de samenwerkingsafspraken van apothekers in de regio Assen.<sup>18</sup> De casus komt kort gezegd hierop neer. In Assen maken een aantal apotheken (hierna: de apotheken) gebruik van een geautomatiseerd systeem voor het gecentraliseerd opslaan van patiëntgegevens, het OZIS-netwerk. De deelnemers aan het systeem hebben toegang tot de patiëntgegevens van andere aangesloten apotheken. Aansluiting bij het netwerk geschiedt door het uitgeven van licenties; apotheken die zich willen aansluiten moeten voldoen aan de afspraken die binnen het netwerk zijn gemaakt. Deze afspraken betreffen primair de tijden waarop van het OZIS-netwerk gebruik kan worden gemaakt. Dat kan niet tijdens de reguliere openingstijden. Alleen de dienstapothek mag, ten behoeve van waarneeming, gebruik maken van het netwerk. Gedurende de reguliere openingstijden kunnen de apotheken alleen patiëntgegevens opvragen door middel van fax of telefoon.

Vervolgens verzoekt de, tot dan niet aangesloten, Wilhelmina-apotheek om een 24-uurskoppeling met het OZIS-netwerk, maar deze wordt geweigerd. Toegang tot de waarneemregeling met de bijbehorende toegang tot het netwerk is wel mogelijk.

13. Art. 16 Mw bevatte tot 1 januari 2003 een uitzondering voor besluiten die onderworpen waren aan preventieve of repressieve controle van een bestuursorgaan. Voor veel besluiten in de zorgsector is dit het geval.

14. J. W. Van de Gronden, 'Mededingingsrecht en gezondheidszorg', *M&M* 2001 p. 267-279; zie ook het WRR-rapport *Volksgesondheidszorg*, rapport nr. 52, Den Haag 1997.

15. HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98-C-184/98 (Pavlov), *Jur.* 2000, p. I-6451.

16. Ziekenfondsen vallen er nu buiten. In HvJ EG 26 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01,

C-354/01 en C-355/01 (AOK Bundesverband), *Jur.* 2004, p. I-02493 en *TyGR* 2004/24 (m.nt. G.J.A. Hamilton), oordeelde het Hof dat ziekenfondsen naar Duits recht geen onderneming in de zin van artikel 81 EG zijn. In navolging daarvan maakt de NMa bekend ze tot 1 januari 2006 ook niet meer als zodanig te beschouwen (persbericht NMa van 29 april 2005).

17. Uitgebreider hierover: E. Steyger 'De omvang van de handhavingbevoegdheid van de NMa in de zorg', *Markt en Mededinging* 2005, p. 144-148.

18. Besluit van 21 juni 2004, nr. 2501-123, zoals gewijzigd bij besluit van 16 november 2004.

De NMa meent dat de apotheken aan elkaar en aan andere apotheken mogelijkheden onthouden om te concurreren op dienstverlening. De afspraak om geen gebruik te maken van het OZIS-netwerk gedurende de reguliere openingstijden is een concurrentiebeperking, omdat de apotheken patiënten die elders zijn ingeschreven, voor wat betreft medicatiebewaking nu niet dezelfde service kunnen bieden als de eigen apotheek. Door de beperking in de tijd verbinden de apotheken zich jegens elkaar terzake van wijze van bedrijfsvoering en zien collectief af van de mogelijkheid hun dienstverlening te verbeteren tijdens de reguliere openingstijden. Hiermee bepalen de apotheken niet zelf hun ondernemingsbeleid, maar vindt er een mate van afstemming plaats die mededingingsbeperkend is aangezien de normale onzekerheid over het gedrag van concurrenten verdwijnt.<sup>19</sup> De concurrentiebeperking klemmt te meer in een markt waar de marktstructuur star is en prijsvorming nauwelijks een concurrentieparameter vormt. Tevens zou de afspraak met betrekking tot de openingstijden van het OZIS-systeem een drempel opwerpen voor nieuwkomers, omdat deze een eigen klantenkring moeten opbouwen, en gedurende de gebruikelijke openingstijden voor elke bij een andere apotheek ingeschreven patiënt, geen gebruik kunnen maken van het OZIS-netwerk.

De NMa oordeelt kort gezegd dat, indien bepaalde elektronische middelen gebruikt worden voor een op zichzelf met het mededingingsrecht verenigbare waarneemregeling, deze middelen zodanig moeten worden gebruikt dat de concurrentie ermee gediend wordt. Is het gebruik beperkt tot de waarneemregeling dan is dit concurrentiebeperkend.

Naar mijn mening vult de NMa haar handhavingsbevoegdheid hier wel zeer ruim in. De NMa is geen regulator maar heeft slechts een ex-post handhavingsbevoegdheid. De NMa kan dominante ondernemingen geen ex-ante verplichtingen opleggen of de markt reguleren. De bevoegdheid om ex-post te handhaven betekent dat de NMa pas kan optreden als er een expliciete overtreding van de bepalingen van de mededingingsregels (art. 6 Mw /81 EG) is. Van een overtreding van deze artikelen is sprake wanneer een afspraak tussen verschillende ondernemingen de concurrentie beperkt én deze niet is toegelaten op grond van artikel 6 lid 3 Mw/81 lid 3 EG.

In dit geval hebben de apothekers een concurrentiebeperkende afspraak gemaakt die op zich niet in strijd is met genoemde artikelen.<sup>20</sup> Die strijd ontstaat pas nadat een elektronisch hulpmiddel wordt geïntroduceerd voor de waarneming dat een ruimere toepassing zou kunnen hebben. De NMa vindt dat het enkele feit dat die ruimere toepassing niet gegeven wordt, genoeg is om tot strijd met artikel 6 Mw/81 EG te concluderen.

Dit standpunt impliceert in wezen dat iedere concurrentiebeperking *altijd* in strijd is met het mededingingsrecht. Bij deze invulling van de handhavingsbevoegdheid van de NMa moeten alle ondernemers die een, op zichzelf geoorloofde, afspraak maken, zich voortdurend afvragen of zij de meest concurrentiebevorderende variant hanteleren.<sup>21</sup> Daarbij is het niet van belang dat de oorspronkelijke afspraak voldoet aan de

19. Gevoegde zaken 40-43, 48, 50, 54-56, III, II3, II4/73 (Suiker Unie), *Jur.* 1975, p. 1663, r.o. 174.

20. Richtsnoeren voor de Zorg, *Stat.* 2002, nr. 206, p. 18, paragraaf 118 e.v.

21. Het beleid van de NMa op dit punt is in tegenpraak met genoemde Richtsnoeren, zie paragraaf 123.

criteria van respectievelijk artikel 6 lid 3 Mw en artikel 81 lid 3 EG, waarin ook het criterium dat geïnteresseerden bij aansluiting onder de voorwaarden van de afspraak moeten worden toegelaten, is vastgelegd. Ook wordt het feit dat ondernemers niet in strijd handelen met genoemde artikelen niet relevant gevonden. Het enige criterium is of zij alles doen om de concurrentie te bevorderen.<sup>22</sup> Deze verplichting leidt niet alleen tot grote verschillen met de gebruikelijke benadering van handhaving, maar leidt er tevens toe dat een reeds geldende afspraak herzien moet worden om de, opnieuw, meest concurrentiebevorderende variant te introduceren. De NMa kan dit afdwingen door middel van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom.

De aanpak van de NMa in dit besluit is in aperte tegenstelling met wat zij doet ten aanzien van het preferentiebeleid,<sup>23</sup> waarop de NMa op 22 juni 2005 op verzoek van Zorgverzekeraars Nederland zijn informele zienswijze gaf. Het betreft een maatregel van een aantal zorgverzekeraars om gezamenlijk voor drie groepen van geneesmiddelen met dezelfde werkzame stof de leverancier(s) aan te wijzen van wie het product vergoed zal worden. De prijs van het desbetreffende geneesmiddel is bepalend voor de keuze welke leverancier(s) als preferent worden aangewezen. De geneesmiddelen waarop het preferentiebeleid vooralsnog betrekking heeft zijn omeprazol, simvastatine en pravastatine. De aangesloten zorgverzekeraars (vijf tot zeven) zullen deze geneesmiddelen vergoeden alsmede de geneesmiddelen met dezelfde werkzame stof die qua prijs maximaal 5% hoger zijn. Het preferentiebeleid komt erop neer dat gedurende de looptijd van de afspraak (zes maanden) in Nederland praktisch geen andere dan deze drie generieke geneesmiddelen voor de desbetreffende kwalen vergoed zullen worden, en dat de vergoeding zal plaatsvinden voor een gelijk bedrag. De concurrentie tussen verzekeraars ten aanzien van deze geneesmiddelen wordt dus stopgezet, en leveranciers van andere geneesmiddelen met dezelfde stof worden van de markt geweerd, tenzij ze hun prijzen verlagen tot binnen de 5%-marge.

Dat hier sprake is van een kartel lijkt niet betwistbaar en evenmin dat het kartel tot een tijdelijke uitsluiting van de markt van een aantal geneesmiddelen zal leiden. Niettemin oordeelt de NMa dat het kartel onder artikel 81 EG/6 Mw geoorloofd is. De NMa ziet in het preferentiebeleid een mogelijkheid om de geneesmiddelenprijzen in zijn algemeenheid op een lager niveau te krijgen. De redenering is als volgt: op dit moment concurreren leveranciers van geneesmiddelen niet op prijs maar op de hoogte van de marge voor de apotheekhoudende. Die kiest de leverancier die de hoogste marge biedt. Voor leveranciers is er dus een prikkel om de prijzen zo hoog mogelijk vast te stellen, omdat ze daarmee de apothekermarge vergroten.

Het gezamenlijk preferentiebeleid vervangt de margeconcurrentie door prijsconcurrentie doordat de leverancier(s) met de laagste prijs exclusiviteit verkrijgen. Het bevat een prikkel voor de leverancier(s) om de prijs zo laag mogelijk vast te stellen, of in elk geval hun prijs binnen de 5%-marge vast te stellen. Het preferentiebeleid leidt ertoe dat de prijzen van geneesmiddelen dalen, en dat is, volgens de NMa, in het

22. In de zaken T-219/99, GvEA 17 december 2003 (*British Airways*), *Jur.* 2003, p. II-5917, en 322/81, HvJ EG 9 november 1983 (*Michelin vs. Commissie*), *Jur.* 1983, p. 3461, lijkt de Commissie een vergelijkbare benadering te hanteren maar deze hebben betrekking op artikel

82 EG, dat een iets ruimere bevoegdheid biedt voor het opleggen van positieve verplichtingen.

23. Informele zienswijze d-g NMa, gepubliceerd op 22 juni 2005 op de website van NMa, openbare versie nr. 4713/6.b39.



voordeel van de verzekerde. Dat het gaat om een tijdelijke afspraak en maar drie geneesmiddelen betreft, is reden voor de opinie dat het kartel geoorloofd is binnen de grenzen van artikel 6 Mw en 81 EG.

In de informele zienswijze wordt een kartel gedoogd vanwege de positieve effecten die dit kartel heeft op het prijspeil van geneesmiddelen. Dit kartel heeft echter wel degelijk een concurrentiebeperking, die tot uitsluiting van de markt van een groot aantal geneesmiddelen leidt, tot gevolg. In dit geval kijkt de NMa in het geheel niet naar een potentiële uitsluiting, maar gedooft het een uitsluiting zonder meer.

Waar de NMa de Assense apothekers voorschrijft de meest concurrentiebevorderende maatregel te nemen, toetst de NMa hier het kartel slechts aan de criteria van artikel 6 lid 3 Mw/81 lid 3 EG. Wat er verder van die toetsing zij, dat is wel de wijze waarop de NMa haar handhavingsbevoegdheid behoort uit te oefenen.

De tegenstelling met de Assense apothekers is echter schril, omdat daar de NMa een positieve verplichting oplegt, vanwege het aanvullen van de waarnemingsafspraken met een nieuw element. Als gevolg daarvan moet de afspraak worden aangepast om meer concurrentie te bereiken. De positieve verplichting wordt onmiddellijk gehandhaafd met een boete. Dat is regulerend en niet handhavend optreden.

Kan nu een bestuursorgaan de omvang van de bevoegdheid invullen afhankelijk van het probleem wat wordt voorgelegd? Dat lijkt mij niet. Wat voor de één geldt, geldt ook voor de ander. Dus de NMa moet of de apothekersafpraak op zijn merites toetsen aan artikel 6 Mw/81 EG en concurrentieel gewenst gedrag aan de wetgever overlaten, of de NMa moet bij het toetsen van het preferentiebeleid eenzelfde attitude aannemen ten opzichte van de concurrentiebeperking als bij de Assense apothekers.<sup>24</sup>

### 3.2 Het gebruik van de bevoegdheden

In twee andere zaken betreffende de adviezen van de brancheverenigingen in de psychotherapie<sup>25</sup> en de apotheken te Breda<sup>26</sup> is niet de omvang van de handhavingsbevoegdheid in het geding, maar het gebruik van die bevoegdheid.

De eerste zaak betreft de boetes die op 26 april 2004 aan de brancheorganisaties voor psychotherapeuten en psychologen opgelegd werden wegens het geven van tariefadviezen aan hun leden in de periode van 1998 tot en met 2005.

Adviezen kunnen onder omstandigheden als verboden besluiten van brancheorganisaties worden aangemerkt, wanneer zij een verboden beperking of vervalsing van de mededinging tot gevolg hebben.<sup>27</sup> Wanneer dit het geval is, is niet altijd even duidelijk. De jurisprudentie is nog in ontwikkeling. Niet alle adviezen zijn per definitie in strijd met het mededingingsrecht;<sup>28</sup> het geven van adviezen betreffende tarieven is dit wel. Daarbij is het niet doorslaggevend of de ondernemersvereniging de adviezen sanctioneert of de naleving ervan controleert.

De brancheverenigingen beroepen zich in bezwaar op verschillende argumenten waaruit zou blijken dat het hier niet gaat om een besluit van een ondernemersvere-

24. Ik heb in genoemd artikel in *Men & Mal* betoogd dat dit laatste niet kan: handhaven is niet reguleren.

25. Besluit van 26 april 2004, alsmede Besluit op bezwaar van 20 april 2005, nr. 3309/89.

26. Besluit van 15 november 2004, nr. 3022-205.

27. HvJ EG 27 januari 1987, zaak 45/85 (*Verband der*

*Sachversicherer vs. Commissie*), Jur. 1987, p. 405; Besluit van d-g NMa, 26 april 2004, zaak 3310 (*Nederlands Tandtechnisch Genootschap*).

28. GvEA 26 januari 2005, zaak T-193/02 (*Laurent Piau vs Commissie*), Jur. 2005, nng.; Pb 2005, C 219, 14 september 2005.



niging. Het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP) beargumenteert dat zij volgens de statuten helemaal niet de bevoegdheid heeft het gedrag van haar leden te coördineren; de Landelijke Vereniging van Eerstelijnspsychologen (LVE) stelt dat er sprake is van twee tarieven waarvan de NMa niet duidelijk heeft gemaakt hoe ze zich tot elkaar verhouden.

De Bezwaaradviescommissie (BAC) adviseert dat de strijd met de Mw volgt uit het feit dat de adviestarieven voor psychotherapie in het kader van het Platform Psychotherapie vastgesteld worden en ook dat de verenigingen inspanningen hebben verricht om het kader van dit platform tot één gezamenlijk adviestarief te komen. Voorts verwijst de BAC naar de argumentatie van de d-g NMa betreffende de feitelijke verspreiding van de adviezen waaruit de wil zou blijken om tot coördinatie van het prijs-gedrag van de leden te komen.

Ook de bezwaren van de verenigingen ten aanzien van de bewijsvoering en het materiële mededingingsrecht, zoals de mededingingsbeperking en het merkbaarheidsvereiste treffen geen doel, hetgeen betekent dat de boetes weliswaar een versterkte motivering krijgen maar wel gehandhaafd blijven.<sup>29</sup> De adviezen van de organisatie van psychotherapeuten worden gezien als verboden kartel, hoewel geen sprake is van een eenduidig advies voor een te hanteren tarief. De bezwaren van de psychotherapeuten betreffen met name de toetsingswijze en motivering van de NMa. Daarop gaat de NMa in haar motivering echter in het geheel niet in. De opmerkingen van de brancheorganisaties in de psychotherapie ten aanzien van het effect en de merkbaarheid van een eventuele concurrentiebeperking worden niet weerlegd.

Een andere zaak waarbij het gebruik van de handhavingsbevoegdheid in het geding is betreft opnieuw de automatisering bij apotheken. De Stichting Automatisering Gezondheidszorg Breda (hierna: Stichting AGB of de stichting) is een samenwerkingsverband van apotheken en huisartsen in Breda op het gebied van kwaliteit in de gezondheidszorg onder meer door middel van automatisering. De stichting biedt de deelnemers aan de afspraak faciliteiten op het gebied van bestandbeheer. De voornaamste taak van de stichting is het beheer van de Local Health Server (LHS) waar de apotheken en huisartsen op zijn aangesloten. De deelnemers aan de stichting hebben door middel van de LHS toegang tot patiëntgegevens, medische dossiers en farmaceutische dossiers. De gegevens die opgeslagen zijn in de LHS zijn 24 uur per dag toegankelijk voor de aangesloten apotheken en huisartsen. De LHS wordt tevens gebruikt voor elektronisch receptenverkeer tussen huisartsen en apotheken en maakt daardoor integrale medicatiebewaking mogelijk.

Apotheek Princenhage verzocht toelating tot het samenwerkingsverband, hetgeen werd geweigerd. De weigering werd door de stichting gemotiveerd met het vereiste dat de aanvraag voor deelname moet worden ingediend door ten minste 50% van de deelnemende apotheken en tevens dat de aspirant-deelnemer ten minste drie maanden met de Pharmacom-software moest hebben gewerkt. Princenhage voldeed niet aan deze voorwaarden.

De NMa oordeelt dat de samenwerking tussen de deelnemers potentieel tot uitsluiting van derden kan leiden. De toelatingsregeling in het deelnemersreglement is niet

29. Tegen het besluit op bezwaar is inmiddels beroep ingesteld.

objectief en transparant en de beslissing over toelating is niet onafhankelijk. De voorwaarde dat de aspirant-deelnemer drie maanden moet hebben gewerkt met de Pharmacom-apparatuur is niet objectief, nu geen criteria zijn vastgesteld wanneer de aspirant-deelnemer voldoende ervaring heeft opgedaan. Bovendien is deze voorwaarde een voorwaarde vooraf; dat de apotheken er een andere invulling aan geven (het werken op proef gebeurt pas als de aansluiting is verzekerd) doet daar niet aan af. Daarnaast is de eis dat het verzoek om toelating moet worden gedaan door 50% van de deelnemende apotheken niet objectief en transparant, nu het deelnemersreglement geen criteria bevat op basis waarvan de apotheken hun steun aan aspirant-deelnemers mogen weigeren.

Het criterium van 'onderling vertrouwen' in het deelnemersreglement impliceert – volgens de NMa – collegialiteit, het zich onthouden van concurrentie jegens elkaar en het delen van concurrentiegevoelige informatie. Volgens de NMa is het onjuist dat 'onderling vertrouwen' een relevant en gerechtvaardigd criterium is in verband met de kwaliteit van zorgverlening, nu het criterium niet objectief te meten is. Bovendien is het niet nodig voor het goed functioneren van de LHS, omdat de juiste wijze van omgaan met de LHS gegarandeerd kan worden door het stellen van objectieve eisen aan het gebruik van het netwerk.

In deze zaak liggen met name de criteria voor deelname aan het samenwerkingsverband onder vuur. Hierbij is het wel de vraag op welke wijze de NMa binnen het kader van de handhavingsbevoegdheid moet toetsen. De rechtmatigheid van de samenwerking als zodanig is niet in het geding. De vraag is alleen of de criteria zoals hierboven omschreven als rechtmatige toelatingcriteria kunnen gelden.

De NMa heeft vooral gekeken naar de objectiviteit van de toelatingcriteria. Wat betreft het criterium van 'onderling vertrouwen' heeft de NMa dit als 'niet werkbaar' aangemerkt. Dit is merkwaardig aangezien de Richtsnoeren voor de Zorg<sup>30</sup> het criterium 'onderling vertrouwen' expliciet noemen als een mogelijke toelatingvoorwaarde tot een waarnemingregeling. Mogelijk heeft het NMa de criteria die voor de waarnemingregelingen gelden niet toepasbaar geacht op de samenwerking in Breda omdat deze een breder doel heeft dan alleen waarneming. Niettemin had de stelling dat het criterium 'niet werkbaar' is, in het licht van de Richtsnoeren wel een nadere motivering kunnen gebruiken. Nu de NMa zelf het criterium als toetsingscriterium noemt, is aan haar om voor die objectivering zorg te dragen.

Het vertrouwenscriterium had geobjectiveerd kunnen worden door het als toetsingscriterium te gebruiken voor de twee meest verdachte toelatingsvoorwaarden (proeftijd en de toelatingsprocedure voor deelname). Daarmee zou de NMa het criterium 'onderling vertrouwen' inhoud hebben gegeven, en niet slechts hebben geconstateerd dat het niet objectief is. Even los van wat in dat geval de uitkomst voor het samenwerkingsverband zou zijn: op die wijze had de NMa de Richtsnoeren toegepast, en haar beleid voor nieuwe samenwerkingsverbanden kenbaar gemaakt.

In beide besproken zaken motiveert de NMa niet, of niet consistent met reeds vastgesteld beleid. Dit probleem is niet uniek voor de zorgsector. Wel zou het op een

30. Richtsnoeren voor de Zorgsector, *Start*. 25 oktober 2002, nr. 206, p. 18.

markt die nog worstelt met de vraag wat wel en wat niet is toegestaan zinvol zijn de constatering van overtredingen van de Mw zowel in het rapport als in de latere besluiten zo helder mogelijk te motiveren.

### 3.3 *De behandeling van klachten*

Nauw gerelateerd aan het gebruik van de handhavingsbevoegdheid is de behandeling van klachten van, in de meeste gevallen, zorgaanbieders. In dit soort klachten wordt in het algemeen om het gebruik van de handhavingsbevoegdheid gevraagd.

De klachten van fysiotherapeuten tegen zorgverzekeraars<sup>31</sup> betreffen met name de houding van de zorgverzekeraars bij het afsluiten van nieuwe contracten. Zowel de standaardcontracten van de zorgverzekeraars als zodanig als de voorwaarden die in de standaardcontracten zijn opgenomen zijn steen des aanstoots. Deze voorwaarden omvatten de koppeling van de hoofdverzekering aan de aanvullende verzekering, het aanbieden van een tarief onder kostprijs, het opleggen van eenzelfde tarief voor behandelingen die boven het in de polis vermelde aantal per tijdvak vergoede behandelingen gaan, gecontracteerde behandeling en het niet apart vergoeden van een behandeling aan huis.

De NMa constateert in de meeste gevallen dat de zorgverzekeraars weliswaar een machtspositie hebben, maar dat er geen sprake is van misbruik van machtspositie. Naar de mening van de NMa is het weigeren om te onderhandelen over het voorgelegde contract op zichzelf geen misbruik van machtspositie; dit wordt het pas onder bepaalde voorwaarden.<sup>32</sup>

De door de zorgverzekeraars aangeboden contracten bevatten, volgens de NMa, echter geen onredelijke voorwaarden. De koppeling van de hoofdverzekering aan de aanvullende verzekering vindt zijn rechtvaardiging in het voorkomen dat chronische patiënten tijdens een behandelingstraject van fysiotherapeut moeten veranderen.<sup>33</sup> Het aanbieden van een tarief onder kostprijs wordt evenmin als misbruik van machtspositie beschouwd nu de zorgverzekeraars de tarieven volgens de NMa met 10 à 15% verhoogd hebben, terwijl er van overaanbod sprake is. De NMa gaat in haar motivering niet in op de klacht van de fysiotherapeuten dat uit verschillende onderzoeken<sup>34</sup> en uit een tariefsvoorstel van het CTG reeds is gebleken dat de tarieven voor fysiotherapie al jaren te laag zijn vastgesteld.<sup>35</sup> Het bezwaar van de fysiotherapeuten om voor een behandeling aan huis geen aparte vergoeding te bieden, maar een nultarief te hanteren, wordt eveneens verworpen, omdat de vergoeding hiervoor zou zijn omgeslagen in het (verhoogde) totaal tarief. De NMa oordeelt dat een verzekeraar een totaal tarief mag berekenen en nu de hoogte van het totaal tarief boven het marktgemiddelde ligt, wordt dus geen misbruik gemaakt van de machtspositie. Ten slotte stelt de NMa

31. Besluiten van de d-g NMa 26 mei 2005 inzake zaak 4662.

32. Zie ook HR 8 april 2005, LJN AS 2706 (AGIS Zorgverzekeringen).

33. Dit standpunt is in tegenspraak met het Besluit van 15 december 2000, nr. 1972 (355), 1570 en 590.

34. Deloitte & Touche en Bakkenis, *Onderzoek naar de tijdbesteding en het inkomen van de vrijgevestigde fysiotherapeuten*, 2001, uitgevoerd in opdracht van het ministerie van VWS, ZN en het KNGF.

35. Voorstel voor Beleidsregel IV-5800-3.0.-3 van 14 december 2004, CTG.

nader onderzoek te zullen verrichten met betrekking tot het opleggen van eenzelfde tarief voor zowel behandelingen die het in de polis vermelde aantal te boven gaan als voor gecontracteerde behandelingen.<sup>36</sup>

Ook op andere punten hebben de fysiotherapeuten geen succes. Wat betreft de klacht dat er sprake zou zijn van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van de verzekeraars zijn de klachten ongemotiveerd verworpen. De besluiten hebben überhaupt een ietwat gestandaardiseerd karakter; een gevoel dat nog versterkt wordt door een op de website van de NMa gepubliceerd modelbesluit, met een multiple choice menu voor de afwijzing van klachten van huisartsen en fysiotherapeuten.

De hier interessante vraag is of de NMa met het doen van een relatief gering onderzoek op de juiste wijze van haar bevoegdheid gebruik maakt. Op zichzelf heeft de NMa een ruime discretionaire bevoegdheid om verzoeken tot het nemen van handhavingsmaatregelen al dan niet in behandeling te nemen. Een verzoek tot onderzoek kan zonder veel redengeving worden afgewezen om, bijvoorbeeld, redenen van prioriteitsstelling,<sup>37</sup> of vanwege de geringe grootte van de bij de zaak betrokken belangen.<sup>38</sup>

Daarvan is in dit geval echter geen sprake. De NMa doet een onderzoek, toetst de gedragingen van de zorgverzekeraars marginaal aan artikel 24 Mw en wijst vervolgens de klacht af, omdat er geen laakbare gedragingen zouden zijn. De klachten betreffende artikel 6 Mw worden niet besproken. Met deze reactie heeft de NMa inhoudelijk op de klacht gereageerd. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven heeft in de zaak Carglass<sup>39</sup> geoordeeld dat nu de klager niet de juridische omvang van zijn klacht behoeft te specificeren, de rechter zich bij toetsing van die klacht niet tot een bepaalde juridisch gekwalificeerde gedraging hoeft te beperken. Omgekeerd is het verdedigbaar dat, wanneer een klager een klacht betreffende een specifieke juridische gedraging indient en onderbouwt, de NMa, als zij onderzoek doet, zij dan op zijn minst ook die klacht op zijn merites moet beoordelen. Een afwijzing na een marginale toetsing door de NMa, is, temeer omdat de bestuursrechter de afwijzing van de klacht niet vol toetst en de klagende voor het overige alleen civielrechtelijk tegen de zorgverzekeraars kan procederen (en daarbij mogelijk wordt gehinderd door het reeds gegeven oordeel van de NMa), zeer kort door de bocht.

#### 3.4 Tussenconclusie

De besluiten uit 2005 lijken erop te wijzen dat de NMa de traditionele attitude van samenwerking tussen zorgaanbieders wil doorbreken en concurrentie tussen zorgaanbieders wil stimuleren. Nu zorgverzekeraars de instellingen zijn die goedkope zorg moeten inkopen om zich aantrekkelijk te maken voor de consument, krijgen zij een betrekkelijk ruime mogelijkheid om dit alleen of gezamenlijk te doen.

In de apothekerszaken rechtvaardigt de NMa haar optreden expliciet met de structuur van de zorgmarkt. Volgens de NMa moeten, op een langzaam liberaliserende

36. De NMa heeft telefonisch meegedeeld ook daar geen misbruik van machtspositie te zien, nu het voordeel aan de verzekerde doorgegeven wordt en bezwaren tegen deze clausule zijn gehonoreerd.

37. Zie bijvoorbeeld Besluit van de d-g NMa 27 juni 2005, nr. 1365/85 (Wilmar Productions).

38. Bijvoorbeeld Besluit van de d-g NMa 26 februari 2003, nr. 2061-9/b57.

39. CBB 17 november 2004, AB 2005/81.

markt, de deelnemers tot zoveel mogelijk concurrentie worden aangemoedigd. Wanneer door wetswijzigingen de concurrentiële ruimte aanmerkelijk verruimd wordt, dient de NMa er bijgevolg op toe te zien dat deze concurrentiële ruimte niet door apotheken wordt beperkt.<sup>40</sup> Met andere woorden: wanneer de wetgever concurrentie mogelijk maakt, is het aan de NMa ervoor te zorgen dat deze daadwerkelijk plaatsvindt.

De vraag is of het enkele feit dat een markt nog 'in de groei' is, en diens gevolg enige stimulans kan gebruiken, een wijziging rechtvaardigt in de invulling van de bevoegdheden door de NMa. Op zich mogen marktomstandigheden en de structuur van de markt worden meegewogen bij de toepassing van artikel 81 EG op een overeenkomst die een zeker concurrentiebeperkend effect heeft. In diverse uitspraken heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen geoordeeld dat niet geheel in abstracto en zonder onderscheid mag worden aangenomen dat elke overeenkomst die de handelingsvrijheid van partijen of van één van hen beperkt, noodzakelijkerwijs onder het verbod van artikel 81 lid 1 EG valt.<sup>41</sup> Bij het onderzoek naar de toepasselijkheid van artikel 81 EG moet rekening worden gehouden met de concrete situatie waarin zij effect sorteert, in het bijzonder met de economische en juridische context waarin de betrokken ondernemingen opereren, de aard van de producten en/of diensten waarop deze overeenkomst betrekking heeft, en de structuur van de relevante markt en de werkelijke omstandigheden waaronder deze functioneert.

De uitspraken van het Hof betreffen echter de vraag of deze marktomstandigheden de toepasselijkheid van artikel 81 EG uitsluiten. Of de redenering kan worden omgedraaid, namelijk dat de bijzondere omstandigheden op een markt tot gevolg hebben dat de toepasselijkheid van artikel 81 EG/6 Mw juist op ruimere wijze moet worden uitgelegd, is twijfelachtig. In dat geval zou de afhankelijkheid van de structuur van de markt ten nadele van de marktdeelnemers kunnen gaan werken. De verruimde artikelen 81 EG/6 Mw kunnen dan immers tot handhaving leiden die vooraf niet te verwachten valt.

Dat een markt nog niet volkomen is, is mijns inziens geen rechtvaardiging voor marktordenend optreden zonder een bijbehorende bevoegdheid. Dit betekent dat een optreden van de NMa dat ten opzichte van het handelen van aanbieders een marktordenend karakter heeft, terwijl dit terzake van het handelen van zorgverzekeraars niet het geval is, als willekeurig moet worden aangemerkt. Immers een handhavingsbevoegdheid is niet bedoeld om een markt mee in te richten; het is een bevoegdheid om overtredingen van een wet mee te sanctioneren. Wil de NMa de zorgmarkt ordenen dan zal zij een wettelijke bevoegdheid tot het ex-ante opleggen van regels moeten krijgen. Het enkele feit dat de structuur van de markt te wensen overlaat impliceert niet dat de handhavingsbevoegdheid van de NMa van karakter verandert. Als een pro-

40. Geparafraseerd uit het Besluit Dienstapothek Assen, overweging 35.

41. GvEA EG 18 september 2001, zaak T-112/99 (*Métro-*

*pole télévision*), Jur. 2001, p. II-2459; zie ook HvJ EG 12 december 1995, zaak C-399/93 (*Oude Luttikhuis*), Jur. 1995, p. I-4471.

actieve houding van de NMa wenselijk is, dan ligt ook hier een taak voor de wetgever, ook al zal daarmee een afwijking van het Europese recht, waarop de Mededingingswet aansluit, worden gecreëerd.<sup>42</sup>

#### 4 DE ZORGAUTORITEIT EN HAAR BEVOEGDHEDEN

Nu de Zorgautoriteit haar werkzaamheden op basis van de WMG op zijn vroegst in 2006 begint kan er nog niets gezegd worden over het gebruik van die bevoegdheden in de praktijk. Wel valt er iets te zeggen over de bevoegdheden als zodanig en over de vraag of deze gebruikt kunnen worden zoals beoogd.

De Zorgautoriteit is opgezet naar het voorbeeld van de toezichtautoriteiten in de telecommunicatiewetgeving en de energiewetgeving. De Zorgautoriteit krijgt dan ook de marktordenende bevoegdheden die de NMa niet heeft. In dit verband wordt met name gewezen op de rol van de Zorgautoriteit inzake het opleggen van verplichtingen aan aanmerkelijke marktmachthouders en de rol van de Zorgautoriteit inzake de vaststelling van tarieven en prijzen.

De Raad van State merkte in zijn advies<sup>43</sup> op dat deze analogie met andere gereguleerde markten niet strookt met het karakter van de zorgmarkt, waar, in tegenstelling tot de energiemarkt en de telecommunicatiemarkt, niet slechts enkele grote spelers actief zijn. Op die markten is preventief toezicht noodzakelijk om een bestaand monopolie te doorbreken. Ook wijst de Raad erop dat, nu er geen Europese richtlijnen op het gebied van de gezondheidszorg zijn, het gewone mededingingsrecht ten volle van toepassing zal zijn op deze nieuw gecreëerde markt.

Wat de Raad niet vermeldt, is dat niet alleen het gewone mededingingsrecht ten volle van toepassing is op de nieuw gecreëerde zorgmarkt, maar tevens het verbod dat de formele of materiële wetgever met wettelijke of bestuursrechtelijke maatregelen ondernemingen in de gelegenheid stelt om in strijd met de mededingingsbepalingen te handelen.<sup>44</sup> Op deze verplichting ziet niet slechts de Europese Commissie toe, maar wordt de NMa eveneens geacht toezicht te houden.<sup>45</sup>

Dit verbod kan de taak van de Zorgautoriteit om bijvoorbeeld tarieven en prestatiebeschrijvingen vast te stellen, praktisch onmogelijk maken. Immers, op het moment dat de Zorgautoriteit een geschil als bedoeld in artikel 45 WMG beslist, zal zij geen ander beleid ten opzichte van andere aanbieders en zorgverzekeraars kunnen voeren, omdat zij anders in strijd met het gelijkheidsbeginsel handelt. Een ander probleem is dat de Zorgautoriteit niet zomaar haar bevoegdheden kan gebruiken om aanmerkelijke marktmachthouders ex ante-verplichtingen op te leggen, wanneer nog niet is aangetoond dat zij misbruik van machtspositie maken. Misbruik van machtspositie is immers slechts achteraf vast te stellen.<sup>46</sup> En dan ontstaat snel een situatie waarin ondernemingen gedwongen worden de concurrentie te beperken.

42. Niet de eerste keer. Artikel 122 van het Wetsvoorstel Zorgverzekeringswet bevat eveneens zo'n mogelijke afwijking (*Kamerstukken I* 2004/05, 29 763, nr. A).

43. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 4.

44. HvJ EG 21 september 1988, zaak 267/86 (*Van Eycke*), *Jur.* 1988, p. 4769; HvJ EG 9 juni 1994, zaak C-153/93 (*Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*), *Jur.* 1994, p. I-2517; HvJ EG 5 oktober 1995, zaak C-96/94

(*Centro Servizi Spediporto*), *Jur.* 1995, p. I-2883; HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-35/96 (*Commissie vs Italië*), *Jur.* 1999, p. I-135.

45. HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01, AB 2003/387.

46. Zie hierover uitgebreider E. Steyger, 'Zorgautoriteit stelt maar weinig voor', *Financieel Dagblad* 1 december 2005, p. 11.

Deze constructies zijn in de energie- en telecommunicatiewetgeving wel toegestaan, omdat deze gereguleerd zijn op Europees niveau. De concurrentiebeperkingen die uit de Europese richtlijnen voortvloeien moeten worden omgezet in nationale wetgeving. In tegenstelling tot de nationale wetgever is het de Europese wetgever wel toegestaan om de werking van de mededingingsbepalingen uit het EG-Verdrag te beperken, wanneer daaruit een liberalisering van de Europese markt voortvloeit. Een nationale wetgever is het echter niet toegestaan om voor het liberaliseren van een nationale markt hetzelfde te doen.

Overigens ziet de regering, volgens het nader rapport, deze beperking wel<sup>47</sup> en zij accepteert dat in de zorg mogelijk minder gebruik kan worden gemaakt van preventieve toezichtinstrumenten dan op andere gereguleerde markten.

Dat gegeven heeft echter direct invloed op de rol van de NMa. De regulerende rol die de NMa zich nu aanmeet zou nu juist teruggedrongen moeten worden door de bevoegdheidstoedeling aan de Zorgautoriteit. Als deze van regulerende toezichtinstrumenten echter maar mondjesmaat gebruik kan maken, dan bestaat het risico dat de NMa zijn handhavingsbevoegdheden blijft gebruiken als ware zij een regulator. En dit kan niet de bedoeling van Mededingingswet en WMG zijn.

## 5 CONCLUSIE

Met het nieuwe zorgstelsel is een, op andere gereguleerde markten geënt, systeem geïntroduceerd dat staat of valt bij een combinatie van ex-ante regulering op een soms asymmetrische markt en 'gewoon' ex-post mededingingstoezicht op de spelers op die markt.

Op dit moment is nog niet in een wettelijk ex-ante toezicht voorzien. In een enkel besluit heeft de NMa haar bevoegdheden zo ingevuld dat zij praktisch ex-ante regulerend optreedt. Het is de vraag of een dergelijke invulling in overeenstemming is met de Mededingingswet en het Europese mededingingsrecht. Het ex-ante toezicht zal moeten worden gehouden door de Zorgautoriteit.

De Zorgautoriteit kan echter ook weer tegen problemen oplopen. Het verschil tussen dit stelsel en de andere gereguleerde markten, zoals de telecommunicatiemarkt en de energiemarkt, is dat deze laatsten gereguleerd zijn door Europees recht. De richtlijnen waarin deze regulering is neergelegd 'filteren' in feite de toepassing van het Europese mededingingsrecht inclusief de voor overheden geldende verplichtingen voor zover dat nodig is om deze markten te reguleren. Dit geldt niet voor de zorgmarkt die daarmee onderworpen is aan de volle werking van het Europese mededingingsrecht. Daarmee wordt het onzeker in hoeverre de Zorgautoriteit asymmetrische verplichtingen aan aanmerkelijke marktmachthouders kan opleggen, alsmede in hoeverre prijsregulering nog mogelijk is.

Met de nieuwe wetgeving wordt een systeem geïntroduceerd dat op veel punten nog onzeker is. De rol van de toezichthouders is daarbij niet alleen nog niet uitgekristalliseerd, maar tevens juridisch onzeker. De vraag is gerechtvaardigd of het op de termijn van voorjaar 2006 invoeren van dit systeem wenselijk moet worden geacht.

47. Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 4.